

Analyse

Le contentieux des actions en dommages et intérêts pour infraction au droit européen de la concurrence

Pieter Van Cleynenbreugel^(*)

- La jurisprudence européenne a donné naissance à un contentieux national varié et divergent sur les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit de la concurrence, notamment en France, en Allemagne et en Angleterre
- Les juridictions nationales sont tenues d'adapter les principes nationaux sur la responsabilité extracontractuelle aux exigences supranationales
- La directive 2014/104/UE visant à harmoniser le contentieux des actions en dommages et intérêts ne modifiera que de façon minimaliste les contours du contentieux devant les juridictions nationales

1 Introduction

Bien que la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) ait reconnu depuis 1974 que les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) produisent des effets directs dans les relations entre les particuliers et engendrent des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder¹, elle n'explicita qu'en 2001 dans son arrêt *Courage c. Crehan* la possibilité qu'ont les victimes des pratiques anticoncurrentielles d'introduire une action en dommage et intérêts. En 2006, dans l'affaire *Manfredi*, la C.J.U.E. traduisait cette possibilité en un droit subjectif : « toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une entente ou une pratique [anticoncurrentielle] interdite »². Par ailleurs, la C.J.U.E. précisait que « les personnes ayant subi un préjudice doivent pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (*damnum emergens*), mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que le paiement d'intérêts »³.

À la suite de ces proclamations judiciaires supranationales, les juridictions nationales ont été plus fréquemment confrontées à des actions en dommages introduites par des victimes de pratiques anticoncurrentielles. En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartenait à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les modalités d'exercice de ce droit, y compris celles relatives à la notion de « lien de causalité ». Il incombait donc aux juges nationaux d'appliquer et aux législateurs de raffiner le cadre juridique national afin de faciliter les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit européen de la concurrence⁴. La présente analyse a pour objet d'offrir un état des lieux des développements judiciaire et législatif en France, en Allemagne et au Royaume-Uni. Pour ce qui concerne ce dernier, ce sont les règles et principes applicables en Angleterre qui seront plus particulièrement analysés.

En 2014, le Parlement européen et le Conseil sont parvenus à adopter une directive relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne. Cette directive vise à harmoniser les procédures en dommages-intérêts et à diminuer les divergences procédurales nationales qui entourent ces actions dans les différents États membres. Elle devra être transposée en droit national le 27 décembre 2016 au plus tard⁵. La partie III de cette analyse offrira une synthèse des nouveautés introduites par la directive et de l'impact qu'elles devraient avoir sur les régimes nationaux.

2 Les actions en dommages et intérêts dans la jurisprudence nationale

Conformément à ce que la C.J.U.E. a jugé dans l'arrêt *Manfredi*, le juge national est prié d'accorder des dommages dans les cas où trois conditions cumulatives sont réunies : (a) l'existence d'une pratique anticoncurrentielle ; (b) d'un préjudice ; et (c) d'un lien de causalité entre (a) et (b). La simplicité et la clarté apparentes de ces conditions risquent toutefois de cacher le fait que chaque État membre a continué de développer ses propres interprétations des conditions énoncées par la C.J.U.E. Il n'est donc pas surprenant de constater que des divergences se sont manifestées non seulement dans la conception juridique générale de l'action en dommages et intérêts (A), mais également dans les interprétations jurisprudentielles des conditions de l'action : la faute/pratique anticoncurrentielle (B) ; le préjudice (C) ; et le lien de causalité (D.). En outre, l'existence de différentes réglementations concernant l'accès aux documents potentiellement utiles à une action en dommages, mais retenus par le défendeur à l'action, les autorités publiques ou des tiers, a donné naissance à des interprétations ju-

(*) L'auteur est titulaire d'un doctorat en sciences juridiques (Katholieke Universiteit Leuven) et d'une maîtrise en droit (LL.M., Harvard Law School). Il est actuellement chargé de cours en droit matériel européen à l'Université de Leyden, Pays-Bas et peut être contacté à l'adresse suivante : p.j.m.van.cleynenbreugel@law.leidenuniv.nl. (1) C.J., *BRT c. Sabam*, aff. C-127/73, EU:C:1974:6, point 16. (2) C.J., *Courage c. Crehan*, aff. C-453/99, EU:C:2001:465, points 26-27. (3) C.J., *Manfredi*, aff. jointes C-295/04 à C-298/04, EU:C:2006:461, points 60-61. (4) Comme la C.J.U.E. l'a jugé dans l'arrêt *Manfredi*, aff. jointes C-295/04 à C-298/04, EU:C:2006:461, point 62, les États membres doivent dans ce cadre respecter les principes d'équivalence et d'effectivité. (5) Article 21.1 directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, J.O., L 349, 2014, p. 1.

Analyse

risprudentielles diverses, qui ont réclamé une intervention supplémentaire de la C.J.U.E. (E).

A. Le cadre juridique national

Dans les trois ordres nationaux analysés, les bases juridiques de l'action en dommages et intérêts pour infraction au droit européen de la concurrence diffèrent⁽⁶⁾. En France, les dispositions générales du Code civil sur la responsabilité extracontractuelle et contractuelle sont applicables (1) ; en Allemagne, une base juridique spécifique a été introduite en 2005 (2) ; en Angleterre, un remède spécifique s'applique en parallèle au système général des *torts*. Ces divergences se traduisent également par des délais de prescription différents (3).

1. La France

En France, la loi n'offre pas de base juridique spécifique pour les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit européen de la concurrence. Au contraire, l'article 1382 du Code civil français (C. civ.), stipulant que « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence » est la base juridique principale. La responsabilité pour le paiement des dommages et intérêts dans une relation contractuelle est quant à elle régie par l'article 1147 du Code civil.

Puisque les régimes juridiques de responsabilité extracontractuelle et contractuelle sont applicables, les délais de prescription généraux s'appliquent également. L'article 2224 du Code civil prévoit que « [l]es actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». L'article L462-7 du Code de commerce offre toutefois une nuance, en prévoyant que « [l]'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne ou la Commission européenne interrompt la prescription de l'action civile. L'interruption résultant de l'ouverture de cette procédure produit ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente est définitive ».

L'applicabilité du cadre juridique général de la responsabilité civile implique que les tribunaux civils et commerciaux sont compétents pour statuer sur les actions en dommages en première instance. Dans le contexte du droit de la concurrence, l'article 420-7 du Code de commerce limite une telle compétence aux juridictions civiles ou commerciales dont le siège et le ressort sont fixés par décret. Un décret du 31 décembre 2005 a limité l'introduction de telles actions aux seize tribunaux (huit tribunaux de commerce

pour les actions entre commerçants et huit tribunaux de grande instance pour les actions dont fait partie une personne privée)⁽⁷⁾. Conformément au système judiciaire français, les cours d'appel ainsi que la Cour de cassation entendront les éventuels appels et pourvois en cassation⁽⁸⁾.

Les règles et principes du Code civil visent le dédommagement du préjudice souffert par des individus. Ces articles ne permettaient pas l'introduction d'actions de groupe. Depuis 2014, l'article L423-1 du Code de la consommation permet à une organisation représentative des consommateurs au niveau national d'agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs — notion n'incluant pas les petites et moyennes entreprises — placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles. Ces manquements incluent les pratiques anticoncurrentielles. Cette procédure, qui se déroule en deux phases, requiert que l'on établisse l'existence d'une infraction au droit de la concurrence avant que les individus aient le choix de se joindre à l'action visant à obtenir la réparation de leur préjudice matériel⁽⁹⁾.

2. L'Allemagne

Bien que le paragraphe 33 du Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) prévoit des actions en cessation et des remèdes contractuels contre des infractions au droit national de la concurrence depuis les années 1950, le droit allemand ne prévoyait pas de base juridique spécifique permettant des actions en dommages et intérêts pour infraction au droit européen de la concurrence. En 2005, une modification du GWB a introduit une nouvelle section (3) dans le paragraphe 33⁽¹⁰⁾. En vertu de cette section, celui qui commet intentionnellement ou négligemment une infraction au droit national ou européen de la concurrence, sera tenu de réparer le préjudice causé par cette infraction. Les demandeurs d'une réparation peuvent être des consommateurs, des concurrents ou des entreprises ou individus qui ont indirectement souffert d'un préjudice à cause de l'infraction commise. Le paragraphe indique qu'il est applicable aux infractions commises depuis le 1^{er} juillet 2005⁽¹¹⁾ mais la Bundesgerichtshof (BGH) a confirmé la légalité des actions basées sur des faits précédant son entrée en vigueur⁽¹²⁾. En garantissant à chacun le droit d'initier une action, le législateur allemand envisageait seulement le cas des actions individuelles⁽¹³⁾. La possibilité existe de combiner des actions individuelles dans une action jointe⁽¹⁴⁾, mais les juridictions allemandes n'ont pas encore accepté une telle jonction des droits d'action dans le cadre de procédures de dommages-intérêts pour infraction au droit européen de la concurrence⁽¹⁵⁾.

(6) Cette analyse ne traitera pas des règles de droit international privé déterminant la juridiction compétente et le droit applicable à une telle action en justice, car ces conditions ne font pas partie du contentieux des actions en dommages visé par la jurisprudence européenne analysée dans la présente analyse.

(7) Dans le cadre des marchés publics, les juridictions administratives ont reconnu leur compétence pour statuer sur les actions en dommages-intérêts. Voy. Conseil d'État fr., 19 mars 2008, 269134, non publié, mais disponible sur <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000018396513>.

(8) Comme cela est prévu par le Code français de l'organisation judiciaire. (9) Sur l'introduction de cette procédure suite à la loi Hamon, R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles - Étude des contentieux autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 223-230. (10) Pour l'analyse de la situation précédente, voy. G. Meessen, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht — Konturen eines europäischen Kartellrechts ?*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2011, p. 44-45.

(11) *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 30 septembre 2009, Az. VI-U 17/08. (12) Dans la pratique, les dispositions introduites en 2005 ont également été appliquées aux infractions commises avant le 1^{er} juillet 2005 ; on peut considérer que l'application des dispositions relatives aux actions en dommages pourrait également bénéficier d'une telle application, voy. BGH, 26 février 2013, KRB 20/12, *Grauzementkartell*, disponible sur juris.bundesgerichtshof.de.

(13) Depuis 2013, le paragraphe 33(2) du GWB permet aux associations professionnelles et de consommateurs d'agir à l'encontre des auteurs d'infractions au droit de la concurrence, en initiant des actions en cessation de l'infraction. (14) En appliquant le paragraphe 134 du BGB sur la cession d'une créance.

(15) Récemment, l'*Oberlandesgericht Düsseldorf*, 18 février 2015, Az. VI U 3/14, 3.2.2. a jugé que l'absence de ressources financières suffisantes pour financer ces droits d'action empêche le demandeur d'effectivement joindre les actions au moment de l'introduction des recours en justice.

Analyse

Le GWB ne détermine pas les délais de prescription applicables. Le paragraphe 185 du Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) prévoit que les actions se prescrivent par trois ans, à compter de la fin de l'année durant laquelle le demandeur a connu ou aurait dû connaître l'identité du défendeur ainsi que les circonstances donnant naissance à l'action en dommages. Le paragraphe 33(4) GWB stipule en outre que ces délais sont suspendus pendant l'examen de la pratique en cause par la Commission européenne, l'autorité allemande de la concurrence (le Bundeskartellamt) ou une autorité de la concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne. Cette suspension se termine six mois après que l'autorité a adopté une décision ou a clos le dossier sur une autre base. L'Oberlandesgericht Düsseldorf a confirmé en 2015 que cette suspension ne s'applique pas aux procédures initiées avant l'entrée en vigueur de cette disposition en 2005¹⁶.

Les actions en dommages et intérêts sont initiées devant les tribunaux régionaux ou Landesgerichte. Le paragraphe 89 du GWB confirme que les régions — les *Länder* — peuvent attribuer la compétence exclusive de ces actions à un ou plusieurs Landesgerichte pour une partie du territoire. Les recours doivent être introduits devant les Oberlandesgerichte en appel et devant la Bundesgerichtshof en cassation¹⁷.

3. L'Angleterre

La House of Lords a accepté depuis les années 1980 qu'une infraction au droit européen de la concurrence puisse donner naissance à une action en dommage et intérêts¹⁸. Depuis l'adoption de l'*Enterprise Act 2002*, les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit européen de la concurrence peuvent être introduites par deux voies séparées. D'une part, les demandeurs ont la possibilité de faire appel au tribunal spécialisé composé de juristes et d'économistes — le Competition Appeal Tribunal (CAT) — dans une action *follow-on* c'est-à-dire après une décision administrative des autorités britanniques ou européennes établissant une infraction au droit européen de la concurrence¹⁹. La section 47A de l'*Enterprise Act 2002* offre une base juridique spécifique pour ces actions. Dans la pratique, des règlements (*settlements*) entre demandeurs et défendeurs en justice ont souvent suivi l'introduction des actions *follow-on*, limitant le nombre de jugements rendus par le CAT²⁰. D'autre part, des actions *follow-on* ou *stand-alone* peuvent également être introduites devant les juridictions civiles, notamment la *High Court of Justice*²¹. Dans ce cas, les demandeurs sont tenus d'invoquer le remède judiciaire d'une *breach of statutory duty* — rupture d'une obligation réglementaire, notamment de celle qui découle de l'article 101 ou 102 TFUE — afin d'obtenir des dommages²². Dans les deux cas, la Court of Appeal est la juridiction compétente pour statuer sur les appels, qui peuvent être suivis d'un éventuel pourvoi en cassation devant la Cour suprême (Supreme Court)²³. Le Consumer Rights Act 2015 a introduit quelques modifications institutionnelles. De-

puis le 1^{er} octobre 2015, le CAT est également compétent pour connaître des actions *stand-alone* ; de telles actions pourraient donc maintenant être introduites devant l'une ou l'autre juridiction, au choix du demandeur²⁴.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du Consumer Rights Act 2015, les délais de prescription étaient différents pour les actions devant le CAT et celles devant la High Court. La section 47A de l'*Enterprise Act* n'offrait qu'un délai de prescription de deux ans après que l'infraction a été établie par une autorité et après que les délais contre la décision administrative ont expiré²⁵ ou que les procédures judiciaires ouvertes contre cette décision ont été clôturées. L'initiation d'un pourvoi en justice suspendait donc les délais. En 2014, la Supreme Court a néanmoins confirmé que ce délai était uniquement suspendu vis-à-vis des entreprises visées dans la décision et qui ont effectivement initié un tel pourvoi ; les délais continuent donc à courir pour les entreprises y mentionnées qui n'ont pas contesté la décision. Une action en dommages initiée à l'encontre d'une entreprise mentionnée dans une décision de la Commission européenne après la clôture d'une procédure judiciaire devant le Tribunal de l'Union européenne dans lequel cette entreprise n'a pas participé, n'était donc pas admissible²⁶. Dans le même contexte, la Court of Appeal a jugé que l'initiation d'un pourvoi visant le montant de l'amende uniquement et non la légalité de l'infraction ne suspend pas non plus les délais, car le pourvoi ne s'étend pas à la question de l'existence d'une infraction au droit européen de la concurrence²⁷. En ce qui concerne les actions devant la *High Court*, les délais de prescription généraux en matière de justice civile qui sont de six ans à partir de la date où est créée la cause d'un remède judiciaire, sont applicables²⁸. Dans le contexte des actions *stand-alone*, la Court of Appeal a précisé en août 2015 que l'adoption d'une décision d'infraction par une autorité de concurrence ne constitue pas nécessairement la cause du remède judiciaire. Au contraire, si les demandeurs ont pu avoir accès aux documents incriminants et aux informations supportant les preuves d'une infraction non-établie dans une action *stand-alone*, le délai de six ans commence à courir à partir du moment où ces preuves ou informations leur étaient disponibles²⁹. Le Consumer Rights Act 2015 a étendu les délais pour initier les actions devant le CAT à six ans également, mais uniquement pour des actions *follow-on* dont la cause de l'action intervient après l'entrée en vigueur de cet acte, le 1^{er} octobre 2015³⁰.

Le Consumer Rights Act 2015 a également instauré de nouvelles opportunités pour des actions de groupe en dommages et intérêts. Précédemment, des demandes pouvaient déjà être agrégées dans le contexte des actions *follow-on* devant le CAT³¹. La nouvelle législation permet désormais d'introduire de véritables actions de groupe qui incluent automatiquement tout consommateur sur le territoire britannique qui ne s'est pas expressément exclu de

(16) Oberlandesgericht Düsseldorf, 18 février 2015, Az. VI U 3/14, 3.a. (17) Paragraphes 91 et 94 du GWB. (18) House of Lords, *Garden Cottage Foods Ltd. c. Milk Marketing Board*, [1983] 2 A11 ER 770, HL. (19) L'*Enterprise Act 2002* est disponible sur <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>. (20) B. Rodger, « Why not court? A study of follow-on actions in the UK », *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013, p. 110-111. (21) Section 47(A), 5, *Enterprise Act 2002*. (22) Par exemple, High Court of Justice, *Crehan c. Innpreneur Pub Company* [2003] EWHC 1510 (Chancery Division). (23) Rule 107, The CAT Rules, disponible sur <http://www.cattribunal.org.uk/240/Rules-and-Guidance.html>, et Part 52 U.K. Civil Procedure Rules, disponible sur <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>. Pour une illustration récente, CAT 1236/5/7/15, *DSG and Dixons c. Mastercard*, para 5. (24) Schedule 8, para 4(1), 2015 Consumer Rights Act, disponible sur <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15>. (25) Voy. également Rule 31, CAT Rules ; confirmé par la Supreme Court en 2012 dans *BCL Old Co Ltd. c. BASF plc*, [2012] UKs.c. 45, para 40. (26) Supreme Court, *Deutsche Bahn AG c. Morgan Advanced Materials plc*, [2014] UKs.c. 24, para 28. (27) Court of Appeal, *BCL Old Co Ltd. c. BASF plc*, [2009] EWCA Civ 434 (CA). (28) Voy. Section 2 *Limitation Act 1980*, disponible sur <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58>. (29) Court of Appeal, *Arcadia Group Brands Ltd c. Visa Inc.*, [2015] EWCA Civ 883. (30) Schedule 8, section 8(1), Consumer Rights Act 2015. (31) CAT, *The Consumers' Association c. JJB Sports PLC*, réglée hors jugement, <http://www.cattribunal.org.uk/237-640/1078-7-9-07-The-Consumers-Association.html>.

Analyse

la procédure (des actions *opt-in*) ; le CAT détermine, au cas par cas, si cette procédure peut être appliquée³².

B. La faute — l'infraction au droit européen de la concurrence

La preuve d'une faute constitue le point de départ du bien-fondé de chaque action en dommages et intérêts. Le règlement 1/2003 prévoit dans ce cadre que les décisions de la Commission européenne sur les articles 101 et 102 TFUE lient les juges nationaux. Cela implique qu'une telle décision établissant une infraction au droit européen de la concurrence constitue pour les demandeurs la preuve que les entreprises y nommées ont commis une faute³³. Le droit national pourrait accorder une présomption de preuve de faute similaire aux décisions des autorités nationales établissant une infraction au droit européen de la concurrence. C'est le cas en Allemagne et en Angleterre, où les décisions administratives établissant une infraction lient les juges nationaux, alors qu'en France, elles facilitent seulement la preuve d'une faute. Dans la pratique judiciaire, les conditions actuelles gouvernant l'imputation d'une infraction au défendeur de l'action en dommages diffèrent néanmoins.

1. La France

La violation d'une norme juridique constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil³⁴. De ce point de vue, chaque pratique anticoncurrentielle pourrait être considérée comme une faute, même si une telle pratique n'est pas nécessairement interdite car elle pourrait être justifiée par les exceptions reconnues par le droit de la concurrence. La simple violation des interdictions contenues dans les articles 101/102 TFUE pourrait donc théoriquement suffire pour établir une faute en droit français. Il s'ensuit qu'une infraction au droit européen de la concurrence constatée par une autorité de concurrence, la Commission européenne ou une autre juridiction nationale ou européenne constitue une faute au sens de l'article 1382 C. civ. Après avoir été confirmée par le tribunal de commerce de Paris en 1996³⁵, cette position a également été consacrée par la Cour de cassation³⁶. Dans son arrêt *Tectiel* du 23 mars 2010, la Cour de cassation a néanmoins précisé que, même si l'autorité nationale de la concurrence a établi l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence, le juge de fond est encore tenu de rechercher si la faute génératrice du préjudice résulte bien des pratiques retenues comme constitutives de l'infraction au droit de la concurrence³⁷. Sur ce point, une décision administrative ne lie pas le juge ; au mieux, une telle décision offre un moyen de preuve déterminant qui permet d'établir une faute. Ceci implique que d'autres décisions, par exemple celles acceptant les engagements proposés par des entreprises qui souhaitent mettre fin à leurs pratiques anticoncurrentielles, pourraient également être considérées comme constituant une preuve de faute de la

part de ces entreprises. Dans un jugement du 30 mars 2015, le tribunal de commerce de Paris a effectivement reconnu l'existence d'une faute sur la base d'une décision contenant de tels engagements³⁸.

Dans un tel contexte, le juge de fond sera tenu d'analyser si la faute commise peut être imputée à la société ou personne morale contre laquelle l'action a été initiée. Une telle imputation ne découle pas nécessairement directement de la décision de l'autorité ou de la juridiction de concurrence car le droit de la concurrence ne vise que rarement les personnes morales individualisées, mais plutôt les entreprises comptant plusieurs sociétés liées³⁹. Le juge saisi d'une action en dommages-intérêts ne pourrait donc pas inférer l'existence d'une faute d'une décision d'une autorité ne précisant pas que les pratiques condamnées ont été commises par le défendeur visé par l'action en dommages et intérêts dont il est saisi. La Cour de cassation vient toutefois de nuancer cette approche dans un arrêt de 6 octobre 2015 ; si une autre juridiction, par exemple une juridiction supranationale, a constaté que la société mère a agi de façon anticoncurrentielle et que ses filiales participaient aux accords anticoncurrentiels en tant qu'intermédiaires, le juge de fond pourra simplement utiliser une telle constatation pour imputer une faute aux filiales dans le contexte de l'article 1382 du Code civil⁴⁰.

Lorsqu'il détermine l'existence d'une faute, le juge se base souvent sur une décision administrative ou judiciaire qui a déjà été rendue par une autorité publique, une autorité de la concurrence par exemple, et qui constate une infraction aux règles de la concurrence. L'applicabilité de l'article 1382 du Code civil ne se limite pourtant pas à ces actions *follow-on*, qui suivent une décision des autorités publiques. Au contraire, des actions *stand-alone*, introduites en l'absence d'une procédure devant les autorités publiques, sont également admissibles. Le tribunal de commerce de Paris a ainsi jugé que Google abusait de sa position dominante sur le marché de la cartographie numérique⁴¹. Dans la pratique, on observe néanmoins une préférence judiciaire et même législative pour les actions *follow-on*. En effet, d'une part, les juridictions interrompent la procédure en attendant une décision de la Commission européenne ou de l'autorité de la concurrence⁴², ou demandent un avis aux autorités avant de rendre leur jugement⁴³. Dans l'affaire de la cartographie numérique, la cour d'appel de Paris a ainsi interrompu la procédure en attendant l'avis de l'Autorité de la concurrence française⁴⁴. D'autre part, la loi qui autorise les actions de groupe contre les infractions au droit de la concurrence exprime une préférence similaire pour le système *follow-on*. L'action de groupe ne peut en effet être poursuivie qu'après une décision juridictionnelle constatant la violation d'une règle de concurrence⁴⁵. Bien que cette décision juridictionnelle ne soit pas nécessairement précédée d'une décision de l'autorité de la

(32) Section 47B Enterprise Act 2002, comme adaptée par Schedule 8 Consumer Rights Act 2015. (33) Article 16 du Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, *J.O.*, L 1, 2003, p. 1. (34) Sur la notion de faute en droit français, voy. le titre III dans J. Ghestin, G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013. Appliqué sur la rupture soudaine des relations commerciales, Cass. fr., *Hunnter Douglas Belgium Helioscreen*, 20 mai 2014, n°s A 12-26.705, P 12-26.970 et A 12-29.281, *Bull.* 2014, IV, n° 90. (35) Par exemple, tribunal de commerce, Paris, *Société Ecosystem c. Peugeot*, 22 octobre 1996, n° 1995025988, non publié. (36) Par exemple dans Cass. fr., 25 mars 2014, n° 13-13839 ; Cass. fr., 3 juin 2014, 12-29.482 ; la Cour de cassation confirmait déjà implicitement cette position dans son arrêt *Mors c. Labinal* du 17 octobre 1995, n° 94-18396, non publié. (37) Cass. fr., *Lectiel c. France Télécom*, 23 mars 2010, n° 08-20427 08-21768. (38) Tribunal de commerce, Paris, 30 mars 2015, *DKT c. Eco emballages et Valorplast*, n° 2012000109. (39) En droit européen de la concurrence, une entreprise a été définie comme toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement, C.J., *Höfner c. Elser*, aff. C-41/90, EU:C:1991:161, point 21. (40) Cass. fr., *JCB Service*, 6 octobre 2015, n° 13-24854. (41) Tribunal de commerce, Paris, *Bottin Cartographes c. Google*, 31 janvier 2012, disponible sur www.legalis.net. (42) Par exemple, tribunal de commerce, Paris, *1PlusV c. Google*, 7 juin 2012, 2011048513. (43) Article L462-3 Code de commerce. (44) Cour d'appel, Paris, *Google c. Bottin Cartographes*, 20 novembre 2013, disponible sur www.legalis.net. (45) Article L423-3 Code de la consommation.

Analyse

concurrence ou de la Commission européenne, la deuxième phase de l'action de groupe ne peut pas être initiée avant que l'infraction au droit de la concurrence ait été préalablement établie.

2. L'Allemagne

Contrairement au régime juridique français, l'imputabilité de la faute à l'auteur d'une infraction n'a pas fait l'objet des contestations devant les juges allemands. Le paragraphe 33(4) GWB déclare que les juridictions allemandes sont liées par les décisions finales (*bestandskräftig*) de l'autorité allemande de la concurrence, de la Commission européenne ou des autorités nationales de la concurrence des autres États membres de l'Union européenne ainsi que par les jugements qui s'ensuivent. Le juge de fond ne doit pas rechercher si une faute peut être déduite de ces décisions si le demandeur réussit à démontrer son préjudice et le lien de causalité entre le préjudice et l'infraction commise par le défendeur selon la décision administrative ou judiciaire mentionnée dans le paragraphe 33(4) GWB⁴⁶. Bien que le juge allemand ne l'ait pas confirmé explicitement, on peut estimer que les décisions acceptant des engagements offerts par des entreprises constituent également des décisions finales au sens de ce paragraphe. Il s'ensuit que le régime juridique allemand favorise également les actions *follow-on* plutôt que *stand-alone*. Dans la pratique, les actions *stand-alone* restent possibles, mais la preuve de la faute incombe dans ce cas pleinement au demandeur⁴⁷.

3. L'Angleterre

La section 47A de l'Enterprise Act 2002 prévoit que les décisions de l'autorité nationale de la concurrence — la Competition and Markets Authority (CMA) — les décisions du CAT établissant une infraction au droit de la concurrence et les décisions de la Commission européenne qui n'ont pas été annulées par les juridictions européennes peuvent constituer le point de départ d'une action *follow-on*⁴⁸. Dans le cadre de cette procédure, l'infraction établie par la décision administrative constitue la preuve irréfragable et incontestable de l'existence d'une faute. Par ailleurs, les demandeurs ne peuvent réclamer de dédommagement que pour le préjudice causé par l'infraction spécifique visée dans la décision des autorités. Lié dans le cadre de l'action *follow-on* par l'étendue de l'infraction telle qu'elle a été déterminée dans la décision, le CAT ne peut que statuer sur le montant du préjudice et sur l'existence d'un lien de causalité⁴⁹. Dans l'affaire *Enron*, la Court of Appeal a confirmé que cette décision — et notamment ce qui se trouve dans l'analyse des faits — ne pouvait pas être invoquée pour établir des infractions supplémentaires au droit de la concurrence, non expressément couvertes par la décision de l'autorité⁵⁰.

Des décisions adoptées par des autorités de la concurrence d'autres États membres ne lient pas le CAT et ne sont pas admissibles dans la procédure prévue par la section 47A. Etant donné que les juridictions anglaises sont compétentes, ces décisions

pourraient toutefois être utilisées comme éléments supportant la preuve d'une faute dans les actions *stand-alone* devant la High Court. L'absence de preuves offertes par le demandeur d'une infraction empêche l'octroi de dommages dans ces procédures. L'arrêt le plus célèbre sur ce point est l'arrêt *Courage c. Crehan*. Après que la C.J.U.E. a consacré l'existence d'un remède en dommages-intérêts en droit européen de la concurrence, la House of Lords a confirmé que la preuve d'une infraction au droit européen de la concurrence ne pouvait découler d'une décision de la Commission européenne ; le dédommagement accordé par la Court of Appeal a en conséquence été annulé⁵¹.

C. Les dommages-intérêts

Bien que l'arrêt *Manfredi* confirme que chacun a droit au dédommagement du dommage réel (*damnum emergens*), du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi qu'au paiement d'intérêts, les systèmes juridiques nationaux interprètent ces conditions de façon nuancée et divergente. En France, le demandeur est requis de spécifier la nature de son préjudice ; en Allemagne et en Angleterre, cette spécification semble moins importante que la quantification actuelle du préjudice.

1. La France

Les règles françaises sur le dédommagement d'un préjudice visent à compenser les victimes pour l'atteinte à leurs intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux⁵². Il en résulte que tant les préjudices matériels que moraux peuvent être compensés. Le montant de l'indemnisation est proportionnel au préjudice retenu ; il n'y a pas de systèmes des dommages-intérêts punitifs⁵³. Lorsque plusieurs personnes sont désignées en tant qu'auteur de l'infraction, elles sont responsables de façon solidaire⁵⁴.

Selon le droit civil français, les demandeurs doivent spécifier la nature des préjudices pour lesquels un dédommagement est réclamé. Ces préjudices pourraient également inclure la perte d'une chance de se développer à moindre coût sur le marché. Dans sa jurisprudence récente, la Cour de cassation a accepté que cet argument soit pris en considération par le juge de fond à condition que le demandeur ait développé un tel moyen⁵⁵. Dans le contexte d'une action de groupe, le législateur français a explicitement limité ce type d'actions aux préjudices matériels. Le préjudice moral ou corporel est donc exclu du champ d'application de cette procédure⁵⁶.

2. L'Allemagne

Conformément aux principes de détermination et de réparation du préjudice contenus dans les paragraphes 249-252 du BGB⁵⁷, le préjudice actuellement souffert doit être réparé dans son intégralité. Selon le paragraphe 33(3) GWB, cette compensation doit également inclure les intérêts et le manque à gagner, y compris la perte d'une chance de se développer sur le marché. Ce para-

(46) Ceci a été confirmé dans la jurisprudence, par exemple l'Amtsgericht Bonn, 18 janvier 2012, 51 Gs 3/09 et le Landgericht Mannheim, 4 mai 2012, Az. 7 O 436/11. (47) Pour un exemple, voy. Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 21 décembre 2010, *Arzneimittelpreise*, Az. 11 U 37/09 (Kart). (48) Section 47A(6) *Enterprise Act 2002*, adaptée par le *Consumer Rights Act 2015*. (49) Ceci a été confirmé dans CAT, Case 1077/5/7/07, *Emerson c. Morgan Crucible*, [2011] CAT 4, para 59. (50) Court of Appeal, *Enron Coal Services Ltd c. English Welsh and Scottish Railway Ltd*, [2009] EWCA Civ 647, para 60 et *Enron Coal Services (in liquidation) c. English Welsh and Scottish Railway Ltd*, [2011] EWCA Civ 2, para 143-149. (51) Court of Appeal, *Bernard Crehan c. Entrepreneur Pub Company CPC*, [2004] EWCA 637. (52) Voy. en ce sens dans le domaine de la concurrence déloyale, Cass. fr., 1^{er} juillet 2003, *X c. TBO*, n° 01-13052. (53) De tels dommages accordés dans un autre ordre juridique pourraient pourtant être reconnus en France, Cass. fr. *X c. la société Fontaine Pajot*, n° 09-13.303. (54) Article 1202, deuxième phrase, du Code civil, appliqué aux commerçants. (55) Cass. fr., 3 juin 2014, *Lectiel c. France Télécom*, n° 12-29482. (56) Article L423-1, quatrième phrase, Code de la consommation. (57) Le droit civil allemand applique une *Differenzhypothese* pour la détermination du montant du préjudice : la victime a droit à une réparation équivalant à la situation dans laquelle elle se trouverait si l'infraction au droit ne prenait pas place.

Analyse

graphe permet également la réparation d'un préjudice moral si ce préjudice a une valeur patrimoniale. Des dommages punitifs ne peuvent pas être accordés en vertu du droit allemand⁽⁵⁸⁾. La Bundesgerichtshof a confirmé que, dans le cas où plusieurs personnes sont responsables de l'infraction, elles seront tenues solidairement de payer l'amende infligée ; par analogie, elles seront également tenues de dédommager la victime pour la totalité de son préjudice⁽⁵⁹⁾.

3. L'Angleterre

En droit anglais, le préjudice réparable n'est pas seulement le préjudice matériel, moral ou corporel actuellement souffert, en ce compris la perte d'une chance, mais peut également consister à imposer des dommages exemplaires à l'auteur de l'infraction. Ces dommages ne sont pas nécessairement de nature punitive, mais visent à compenser le demandeur pour l'infraction à un de ses droits patrimoniaux dont il a théoriquement souffert. Bien que la Court of Appeal ait confirmé dans l'affaire *Devenish* que cette forme de dédommagement ne peut pas être accordée lorsque l'autorité de la concurrence a déjà infligé une amende à l'auteur de l'infraction⁽⁶⁰⁾, le CAT a reconnu l'existence de ce type de dédommagement dans deux affaires. Dans l'affaire *2 Travel*, le tribunal spécialisé a accordé une réparation de soixante mille livres en raison de l'« ignorance cynique » de la part d'une entreprise des droits économiques d'une entreprise concurrente⁽⁶¹⁾. Dans cette affaire, l'autorité anglaise n'avait pas infligé d'amende à l'entreprise en cause. Le CAT n'a par contre pas trouvé d'ignorance similaire dans le cas d'*Albion Water*, mais a retenu la possibilité d'imposer des dommages exemplaires, qui n'ont pas pour objet de réparer le préjudice actuellement souffert par le demandeur⁽⁶²⁾. Lorsque plusieurs personnes sont considérées comme l'auteur de la faute, elles seront responsables de façon solidaire⁽⁶³⁾.

D. Le lien de causalité

L'établissement du lien de causalité pose quelques problèmes significatifs dans le contentieux national sur les actions en dommages-intérêts pour infraction au droit européen de la concurrence. Non seulement la C.J.U.E. n'a donné ni explication ni clarification de ce concept et de son application pratique, mais des questions concernant les moyens de défense relatives à la répercussion des surcoûts (*passing-on*) et à l'absence d'une relation commerciale directe entre le demandeur et le défendeur ont créé des problèmes juridiques particuliers à cet égard.

1. La France

La jurisprudence constante sur le lien de causalité exige du demandeur de prouver l'existence d'un lien de causalité direct entre la faute et le préjudice⁽⁶⁴⁾. Dans le contexte des actions en dommages pour infraction au droit de la concurrence, cela implique que le demandeur est tenu de démontrer qu'il n'a pas répercuté les surcoûts résultant des pratiques anticoncurrentielles sur ses

propres clients. Si tel était le cas, le préjudice n'aurait pas été souffert par le demandeur, mais par ses clients. Il existe dans la jurisprudence une présomption de répercussion des surcoûts selon laquelle l'absence d'une telle répercussion doit donc être prouvée explicitement⁽⁶⁵⁾. En l'absence de preuves concrètes à cet égard, les juridictions françaises ne reconnaissent pas l'existence d'un lien de causalité suffisant. Il n'est pas impossible de renverser cette présomption, en fournissant des renseignements concrets démontrant que les surcoûts n'ont pas été transférés vers les clients, qui possèdent un pouvoir d'achat tel qu'ils demeurent capables de déterminer le montant des prix des produits offerts⁽⁶⁶⁾.

2. L'Allemagne

Selon la Bundesgerichtshof, la notion de lien de causalité applicable en droit allemand peut être appliquée dans les actions pour infraction au droit européen de la concurrence⁽⁶⁷⁾. En droit allemand, une présomption générale de causalité ne peut être établie sur la seule base de la constatation d'une élévation des prix résultant d'une pratique anticoncurrentielle⁽⁶⁸⁾.

Par ailleurs, le GWB instaure une présomption de préjudice dans le chef d'une entreprise-distributeur, demandeur en justice, même lorsque celle-ci a revendu les biens ou services affectés par l'infraction⁽⁶⁹⁾. En 2011, la Bundesgerichtshof a précisé que cette présomption n'empêche pas de rapporter la preuve de la répercussion des surcoûts dans le cadre de la doctrine de péréquation des bénéfices ; en offrant une telle preuve, le défendeur peut démontrer l'absence de préjudice dans le chef du demandeur-acheteur direct ainsi que d'un lien de causalité⁽⁷⁰⁾. La charge de cette preuve incombe au défendeur de l'action en dommages initiée par un acheteur direct. Compte tenu du fait que la présomption de préjudice est uniquement accordée à l'acheteur-direct par le paragraphe 33(3) du GWB, il incombe à l'acheteur indirect de prouver que son préjudice peut être attribué à l'infraction, par exemple en démontrant que les surcoûts ont été répercutés sur lui⁽⁷¹⁾. Puisqu'une telle preuve est parfois difficile à apporter pour le défendeur ou l'acheteur-indirect, la Bundesgerichtshof a accepté que des preuves circonstancielles peuvent être offertes dans ce cadre⁽⁷²⁾. En appliquant ces principes, l'Oberlandesgericht Düsseldorf a confirmé en 2014 que le défendeur pouvait se contenter de démontrer une élévation des prix pratiqués envers les consommateurs par le demandeur, dans le cas où le défendeur a abusé de sa position dominante en amenuisant les marges entre le prix de gros pratiqué au demandeur et le prix de détail pratiqué à ses propres consommateurs⁽⁷³⁾.

3. L'Angleterre

Le droit anglais applique une théorie de la causalité basée sur une analyse *but for* ; le demandeur doit prouver exactement quel préjudice résulte de la faute et quels préjudices ne résultent pas de cette faute, en réclamant éventuellement en outre des dommages exemplaires⁽⁷⁴⁾. Le juge n'ordonnera qu'une réparation du préju-

(58) Voy. V. Behr, « Punitive Damages in America and German Law -Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts », 78 *Chicago-Kent Law Review*, 2003, pp. 106-108. (59) BGH, 18 novembre 2014, KZR 15/12, *Calciumcarbid-Kartell II*, et BGH, 28 juin 2011, Az. KZR 75/10, *ORWI*. Voy. également paragraphe 830(1) du BGB. (60) Court of Appeal, *Devenish Nutrition Ltd c. Sanofi-Aventis s.a. (France)*, [2008] EWCA Civ 1086, para 4. (61) CAT, Case 1178/5/7/11, *2 Travel Group PLC (in liquidation) c. Cardiff City Transport Services Limited*, [2012] CAT 1, para 593. (62) CAT, Case 1166/5/7/10, *Albion Water Ltd. c. Dwr Cymru Cyfyngedig*, [2013] CAT 6, para 366. (63) High Court of Justice, *Provimi Ltd c. Aventis Animal Nutrition s.a. and others*, [2003] EWHC 961. (64) Voy. J. Ghestin, G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile*, titre II pour une synthèse de cette jurisprudence. (65) Cass. fr., 15 mai 2012, *Ajinomoto Eurolysine*, n° 11-18495. (66) Cass. fr., 15 juin 2010, *Doux aliments*, n° 09-15816. (67) BGH, 28 juin 2011, Az. KZR 75/10, *ORWI*, point 44. (68) Par exemple, Oberlandesgericht Karlsruhe, 31 juillet 2013, 6 U 51/12 (Kart.). (69) Paragraphe 33(3), deuxième phrase GWB. (70) BGH, 28 juin 2011, Az. KZR 75/10, *ORWI*, point 27. (71) BGH, 28 juin 2011, Az. KZR 75/10, *ORWI*, point 60. (72) BGH, 28 juin 2011, Az. KZR 75/10, *ORWI*, points 74-76. (73) Oberlandesgericht Düsseldorf, 29 janvier 2014, Az. VI-U (Kart.) 7/13, *T. Gesellschaft*. (74) Pour une introduction,

Analyse

dice causé directement par la faute. Dans la pratique judiciaire, l'application de cette théorie ne nécessite pas de moyen de défense particulier en droit anglais quant à la répercussion des surcoûts. La Court of Appeal n'a pas voulu reconnaître l'existence d'un tel moyen de défense dans l'affaire *Devenish*⁷⁵. La possibilité d'imposer des dommages exemplaires au défendeur, même lorsque le demandeur concerné a répercuté les surcoûts semble confirmer le rejet de ce moyen de défense.

Dans les actions *follow-on*, le demandeur est tenu de prouver que son préjudice résulte de l'infraction spécifique identifiée dans et sanctionnée par la décision de l'autorité de la concurrence. En l'absence d'une telle preuve, le CAT considère que le lien de causalité n'est pas suffisamment établi⁷⁶.

E. L'accès au dossier et aux documents supplémentaires détenus par les autorités publiques

Dans le cadre des actions en dommages et intérêts, les demandeurs cherchent souvent l'accès aux documents incriminants obtenus par les autorités publiques nationales ou européennes à la suite de perquisitions ou de procédures de demande de clémence. En l'absence d'accès à ces documents, il n'est pas toujours possible d'établir une faute ou un lien de causalité entre la faute et le préjudice souffert. Dans le même temps, les autorités publiques restent convaincues que l'attractivité de leur programme de clémence — l'immunité ou la réduction d'amende en échange d'informations sur des pratiques anticoncurrentielles — serait significativement affectée si un tel accès était offert aux demandeurs et justifient ainsi leur refus d'accès à ces documents. La C.J.U.E. a jugé en 2011 dans son arrêt *Pfleiderer* qu'en examinant une demande d'accès aux documents relatifs à une procédure de clémence formée par une personne cherchant à obtenir des dommages et intérêts d'une autre personne bénéficiant d'une telle procédure, « [i]l appartient toutefois aux juridictions des États membres, sur la base de leur droit national, de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès doit être autorisé ou refusé en mettant en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union »⁷⁷. Le juge national doit donc mettre en balance des intérêts divergents sans que les parties à la procédure ne puissent empêcher l'accès à certains documents⁷⁸. Dans les systèmes analysés, les juges ou législateurs nationaux ont appliqué et développé des critères différents pour mettre en balance ces intérêts.

1. La France

Répondant rapidement à l'arrêt *Pfleiderer* en 2012, le législateur français a adopté une nouvelle loi adaptant l'article L462-3 du Code de commerce. Dans cette loi, il est stipulé que « [l']Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies [dans le cadre des demandes en clémence ou dans le cadre de l'offre d'engagements par les entreprises concernées], à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la

disposition d'une partie à l'instance ». Ce dispositif ne distingue pas les actions *stand-alone* des actions *follow-on* ; l'accès pourrait être accordé dans chaque type d'action.

Le résultat de ce dispositif est que l'autorité est tenue de transmettre les documents à la suite de la demande d'une juridiction nationale, sauf si les documents incluent des documents obtenus dans le cadre de procédures de clémence ou d'engagements ou si une partie à la procédure judiciaire dispose de ces documents. La jurisprudence de la cour d'appel de Paris confirme cette position ; si l'accès aux documents est *nécessaire* afin de permettre l'exercice des droits de la défense par une des parties à l'action, l'autorité est tenue de les rendre accessibles aux parties, sauf si un tel accès a été exclu par le législateur ou si l'une des parties à l'action dispose de ces documents elle-même⁷⁹ ; dans ce dernier cas, il pourrait être demandé à cette partie de divulguer les documents⁸⁰. La Cour de cassation a confirmé que l'évaluation de la nécessité d'un accès auxdits documents est surtout importante lorsqu'il s'agit de documents soumis au secret de l'instruction⁸¹. Si ces documents sont divulgués dans le cadre d'une action en dommages et intérêts, le demandeur d'un tel accès — et non l'autorité divulguant — sera tenu responsable si la protection juridique des secrets d'affaires est violée à cause de cette divulgation⁸².

2. L'Allemagne

À la suite de la réponse de la C.J.U.E. dans l'affaire *Pfleiderer*, l'Amtsgericht Bonn — la juridiction ayant posé la question préjudicielle dans cette affaire — a mis en balance les objectifs du système de mise en œuvre du droit européen de la concurrence. Sur la base de cette mise en balance, le juge a refusé l'accès aux documents détenus par le Bundeskartellamt relatifs à une demande de clémence⁸³. L'Oberlandesgericht Düsseldorf a également refusé un tel accès dans un cas similaire⁸⁴. Étant donné que cette mise en balance est effectuée au cas par cas, l'Oberlandesgericht Hamm a quant à lui ordonné dans une affaire l'accès au dossier d'une autorité publique, bien que ce dossier contenait des documents relatifs à une demande de clémence⁸⁵. Bien que le juge de fond soit tenu d'analyser ces documents et de statuer de façon définitive sur l'accès des demandeurs à ces documents dans le cadre de leur action spécifique en dommages, l'arrêt a démontré que la confidentialité des documents de clémence ne peut pas être garantie en droit allemand après l'arrêt *Pfleiderer*. Selon l'Oberlandesgericht Hamm, l'accès aux documents ne menace pas *prima facie* la mise-en-œuvre publique du droit de la concurrence dans *cette affaire en particulier*⁸⁶. La cour constitutionnelle allemande — le Bundesverfassungsgericht — a confirmé, du point de vue constitutionnel allemand, la légalité de cette décision judiciaire⁸⁷. Il semble que, en plus de la juridiction de Hamm, les juridictions de Bonn et Düsseldorf se rendent compte également des objectifs d'une mise-en-œuvre publique du droit européen de la concurrence *au-delà d'un dossier particulier*. Les conditions gouvernant la mise en balance des intérêts après l'arrêt *Pfleiderer*

S. Green, *Causation in Negligence*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 8-10. (75) Court of Appeal, *Devenish Nutrition Ltd c. Sanofi-Aventis s.a. (France)*, [2008] EWCA Civ 1086, para 104-111. (76) CAT, Case 1166/5/7/10, *Albion Water Ltd. c. Dwr Cymru Cyfyngedig*, [2013] CAT 6, para 59-62. (77) C.J., *Pfleiderer*, aff. C-360/09, EU:C:2011:389, points 30-31. (78) Voy. également C.J., *Donau Chemie*, aff. C-536/11, EU:C:2013:366, points 46-49. (79) Sur la condition de nécessité, cour d'appel de Paris, 20 novembre 2013, *Ma liste des courses*, n° 12-05813. (80) Cour d'appel de Paris, 24 septembre 2014, *DKT International*, n° 12-06864. (81) Cass. fr., 19 janvier 2010, *Semavem*, n° 08-19.761. (82) Cour d'appel de Paris, 20 novembre 2013, *Ma liste des courses*, n° 12-05813. (83) Amtsgericht Bonn, 18 janvier 2012, 51 Gs 3/09, *Pfleiderer c. Bundeskartellamt*. (84) Oberlandesgericht Düsseldorf, 22 août 2012, V-4 Kart 5/11 (OWi) et V-4 Kart 6/11 (OWi), *Kaffeehäuser*. (85) Beschluss Oberlandesgericht Hamm, 22 novembre 2013, Az 1 Vas 116/13 — 120/13, 122/13. (86) Beschluss Oberlandesgericht Hamm, 22 novembre 2013, Az 1 Vas 116/13 — 120/13, 122/13, point 73-74. (87) Bundesverfassungsgericht, 6 mars 2014, 1 BvR 3541/13, 1 BvR 3543/13 - 1 BvR 3600/13, DE:BVerfG:2014:rk20140306.1bvr354113, point 21.

Analyse

semblent tolérer ces deux approches. En dépit de ces divergences juridictionnelles importantes, le législateur allemand n'est pas encore intervenu afin d'y remédier.

3. L'Angleterre

La procédure civile anglaise permet un accès plus étendu aux documents détenus par les parties au moyen d'une procédure appelée la *discovery*⁸⁸. Une telle procédure permet d'obtenir des documents de la partie opposante, mais facilite également l'obtention des documents détenus par des tiers, mais nécessaires à une action en justice. Il n'est pas surprenant que la High Court, en appliquant ce cadre ainsi que les principes de l'arrêt *Pfleiderer*, ait ordonné dans l'affaire *National Grid* l'accès à une version non confidentielle d'une décision de la Commission européenne, contenant des passages d'informations obtenues dans le cadre d'une demande de clémence. Dans son analyse, la High Court a mis en balance les effets d'un accès à la version non confidentielle et la durée et la gravité de l'infraction au droit européen de la concurrence, bien que l'arrêt *Pfleiderer* n'exige pas une telle mise en balance. Sur la base de cette analyse, la High Court a estimé que l'accès à la décision non confidentielle ne mettrait pas davantage en cause la responsabilité civile du demandeur en clémence que le refus d'un tel accès⁸⁹.

3 La directive relative aux actions en dommages-intérêts pour violation du droit de la concurrence

Au moment où les États membres adaptaient leur système juridique aux exigences supranationales découlant des arrêts *Coupage c. Crehan* et *Manfredi*, la Commission européenne a développé et proposé un instrument législatif communautaire harmonisant certains points relatifs aux conditions de faute, de dommage, de lien de causalité et à l'accès aux documents détenus par les autorités publiques⁹⁰. Adoptée en 2014, la directive s'applique aux actions en dommages et intérêts pour infraction tant au droit de la concurrence de l'Union qu'au droit national de la concurrence lorsque celui-ci est appliqué en parallèle au droit de la concurrence de l'Union⁹¹. Il est important de souligner qu'elle n'adresse en réalité que quelques-unes des divergences identifiées ci-dessus, sans que la totalité des principes juridiques gouvernant les actions en dommages et intérêts ne soit harmonisée.

A. La faute

L'article 17 de la directive indique expressément que les infractions commises dans le cadre d'une entente⁹² sont présumées avoir causé un préjudice. Ainsi, la directive tient compte de la nature secrète des ententes, qui accroît l'asymétrie d'information et rend plus difficile pour les demandeurs l'obtention des preuves nécessaires à la démonstration de l'existence d'un préjudice. L'au-

teur de l'infraction a par ailleurs la possibilité de renverser la présomption, en démontrant par exemple que l'entente n'a pas entraîné de hausse des prix ou qu'elle n'a pas empêché une baisse des prix⁹³. Cette présomption vise seulement l'existence d'un préjudice ; le demandeur est tenu de calculer et de réclamer le montant précis du préjudice qu'il a souffert. Notons que la présomption ne s'applique pas dans le contexte des abus de position dominante.

En outre, la directive prévoit qu'une infraction au droit de la concurrence constatée par une décision définitive d'une autorité nationale de concurrence ou par une instance de recours est considérée comme établie de manière irréfutable aux fins d'une action en dommages et intérêts introduite devant les juridictions nationales au titre de l'article 101 ou 102 TFUE ou du droit national de la concurrence⁹⁴. Cela signifie que les décisions des autorités nationales de concurrence lient directement les juges nationaux tenus de vérifier l'existence d'une infraction — et la présomption de préjudice l'accompagnant — dans le but d'accorder des réparations, comme c'était déjà le cas en Allemagne et en Angleterre. S'il s'agit d'une décision similaire prise dans un autre État membre, cette décision finale peut, conformément au droit national, être présentée devant les juridictions nationales au moins en tant que preuve *prima facie* du fait qu'une infraction au droit de la concurrence a été commise⁹⁵. En même temps, la directive ne semble pas empêcher les pratiques des juridictions françaises et anglaises de réclamer au demandeur de spécifier la faute commise envers lui dans sa requête.

B. Les dommages-intérêts

La directive garantit à toute personne physique ou morale ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence le droit de demander et d'obtenir réparation intégrale de ce préjudice⁹⁶. La réparation intégrale a pour but de replacer la personne dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise ; une telle définition inclut la perte d'une chance de se développer sur un marché. Conformément aux principes évoqués dans l'arrêt *Manfredi*, la réparation couvre le dommage réel, le manque à gagner, ainsi que le paiement d'intérêts. Une telle réparation n'entraînera pas de réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts⁹⁷. Un système de dommages exemplaires, tel qu'appliqué par le CAT en Angleterre ne se réconciliera donc plus avec le régime harmonisé. Plusieurs auteurs d'une même infraction seront solidairement responsables d'indemniser le préjudice du demandeur dans son intégralité⁹⁸.

La charge de la preuve ainsi que la quantification du préjudice incombent au demandeur en réparation. S'il est établi que le demandeur a subi un préjudice, mais qu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de le quantifier avec précision sur la base des éléments de preuve disponibles, les juridictions nationales seront tenues, conformément aux procédures nationales, d'estimer le montant du préjudice à réparer⁹⁹.

(88) Part 31, U.K. Civil Procedure Rules, disponible sur <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part31>. (89) High Court of Justice, *National Grid Electricity Transmission plc c. AAB Ltd. et al.*, [2012] EWHC 869 (Chancery division), para 56-60. (90) Pour un résumé du processus et de la directive qui s'en est suivie, M. Chagny et S. Carval, « La directive sur les actions en dommages et intérêts en cas de pratiques anticoncurrentielles », *Bulletin de Droit économique*, 2015/2, disponible sur <http://www.droit-economique.org/wp-content/uploads/2015/11/CarCh-Directive-UE-r%C3%A9paration-final-29-oct-2015.pdf>. (91) Article 2.1.3) directive 2014/104/UE. (92) Une définition spécifique de l'entente est donnée à l'article 2.1.14) directive 2014/104/UE. (93) Article 17.2 et point 47 directive 2014/104/UE. (94) Article 9.1 directive 2014/104/UE. (95) Article 9.2 directive 2014/104/UE. (96) Article 3.1-2 directive 2014/104/UE. (97) Article 3.3 directive 2014/104/UE. (98) Article 11 directive 2014/104/UE. (99) Article 17.1 directive 2014/104/UE.

Analyse

C. Le lien de causalité

La directive ne règle pas explicitement la question de l'évaluation et de l'existence d'un lien de causalité ; les ordres juridiques nationaux sont priés d'appliquer leurs propres théories de causalité dans ce domaine¹⁰⁰. Il est néanmoins stipulé que le défendeur d'une action en dommages et intérêts peut invoquer, comme moyen de défense, le fait que le demandeur a répercuté, en tout ou en partie, le surcoût résultant de l'infraction au droit de la concurrence. La charge de la preuve de la répercussion du surcoût incombe alors au défendeur¹⁰¹. Contrairement aux principes appliqués dans la jurisprudence française et anglaise, le « demandeur-acheteur direct » de l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence ne sera pas tenu de prouver qu'une telle répercussion n'a pas pris place¹⁰². En même temps, des « demandeurs-acheteurs indirects » du même auteur de l'infraction seront tenus d'apporter la preuve d'une répercussion à son encontre. La directive instaure toutefois une présomption de répercussion si (1) le défendeur a commis une infraction au droit de la concurrence ; (2) cette infraction a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct ; et (3) l'acheteur indirect a acheté les biens ou services concernés par l'infraction au droit de la concurrence, ou acheté des biens ou services dérivés de ces derniers ou les contenant. Le défendeur peut ensuite renverser cette présomption en démontrant de façon crédible que le surcoût n'a pas été répercuté entièrement ou partiellement sur l'acheteur indirect¹⁰³.

D. La preuve — L'accès au dossier et aux documents supplémentaires

En ce qui concerne l'accès aux documents détenus par des tiers ou par des autorités nationales, la directive introduit un système détaillé.

En ce qui concerne les documents détenus par le défendeur ou des tiers, les juridictions nationales doivent pouvoir enjoindre au défendeur ou à un tiers de produire des preuves pertinentes — même si elles contiennent des informations confidentielles — qui se trouvent en leur possession, lorsque le demandeur a fourni une justification motivée contenant des données factuelles et des preuves raisonnablement disponibles suffisantes pour étayer la plausibilité de sa demande de dommages et intérêts¹⁰⁴. Les juridictions nationales seront tenues de limiter la production des preuves à ce qui est proportionné et de protéger le secret professionnel tel qu'il est reconnu en droit national ou européen¹⁰⁵.

En ce qui concerne les documents détenus par une autorité nationale de la concurrence, la production de preuves provenant du dossier d'une autorité de concurrence, peut être ordonnée à tout moment dans le cadre d'une action en dommages et intérêts¹⁰⁶. Il y a des exceptions à cette règle : les informations préparées par une personne physique ou morale expressément aux fins d'une procédure engagée par une autorité de concurrence, les informations établies par l'autorité de concurrence et envoyées aux parties au cours de la procédure et les propositions de transaction qui ont été retirées ne peuvent être ordonnées qu'une fois qu'une autorité de concurrence a, en adoptant une décision ou d'une autre manière, clos la procédure¹⁰⁷. Des preuves ne pourront être don-

nées par l'autorité que lorsqu'aucune partie ou aucun tiers ne peut raisonnablement fournir lesdites preuves¹⁰⁸. En outre, les juridictions nationales ne pourront à aucun moment enjoindre à une partie ou à un tiers de produire les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction¹⁰⁹. Il s'agit toutefois uniquement des déclarations ; des informations confidentielles mentionnées dans une décision d'une autorité — comme c'était le cas dans l'affaire anglaise *National Grid* — ne bénéficieront donc pas de cette règle. Ces exigences pourraient limiter l'étendue du système anglais de *discovery* existant aujourd'hui pour les actions *stand-alone*.

E. Des délais de prescription partiellement harmonisés

La directive impose des délais de prescription de cinq ans au minimum¹¹⁰. Ces délais de prescription ne pourront pas commencer à courir avant que l'infraction au droit de la concurrence n'ait cessé et que le demandeur ait pris connaissance ou puisse raisonnablement être considéré comme ayant eu connaissance : (1) du comportement en cause et du fait qu'il constitue une infraction au droit de la concurrence ; (2) du fait que l'infraction au droit de la concurrence lui a causé un préjudice ; et (3) de l'identité de l'auteur de l'infraction¹¹¹. Les délais doivent être suspendus ou, selon le droit national, interrompus par tout acte d'une autorité de concurrence visant à l'instruction ou à la poursuite d'une infraction au droit de la concurrence à laquelle l'action en dommages et intérêts se rapporte. Une suspension ne prend fin qu'au plus tôt un an après la date à laquelle la décision constatant une infraction est devenue définitive ou après qu'il a été mis un terme à la procédure d'une autre manière¹¹². Les délais seront également suspendus pendant la durée de toute procédure de règlement consensuel du litige, à l'égard des parties qui en participent¹¹³.

4 Conclusion

La possibilité d'introduire des actions en dommages et intérêts pour infraction au droit européen de la concurrence a donné naissance à une jurisprudence variée et nuancée dans les États membres de l'Union européenne. Les juridictions nationales ont été invitées à instaurer ce remède judiciaire dans leurs régimes juridiques de responsabilité civile. Vu les divergences entre les régimes juridiques nationaux, il n'est pas surprenant que le contentieux national montre des divergences similaires. Bien que la directive 2014/104/UE harmonise quelques-unes des conditions procédurales gouvernant les actions en dommages et intérêts, elle ne modifiera que les contours du contentieux devant les juridictions nationales, qui resteront principalement responsables du succès et de l'attractivité de ce remède judiciaire européen.

(100) Point 11 directive 2014/104/UE. (101) Article 13 directive 2014/104/UE. (102) Article 14.2 directive 2014/104/UE. (103) Article 14.2, dernière phrase directive 2014/104/UE. (104) Article 5.1 directive 2014/104/UE. (105) Article 5.3 directive 2014/104/UE. (106) Article 6.9 directive 2014/104/UE. (107) Article 6.5 directive 2014/104/UE. (108) Article 6.10 directive 2014/104/UE. (109) Article 6.6 et 7.1 directive 2014/104/UE. (110) Article 10.3 directive 2014/104/UE. Les délais prévus en Allemagne devront donc être prolongés lors de la transposition de la directive. (111) Article 10.2 directive 2014/104/UE. (112) Article 10.4 directive 2014/104/UE. (113) Article 18.1 directive 2014/104/UE.